Der Abholungsanspruch
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

Inaugural-Dissertation

der

hohen Juristischen Fakultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Johannes Peters
Rechtskandidat
in Rostock

Referent: Herr Prof. Dr. Matthiass

Hamburg-Altona
Buchdruckerei Bock & Schulz
1907

Seinem lieben Vater
und dem Andenken seiner teuren Mutter
in Dankbarkeit gewidmet

Literatur.

1. *Arndts*, Pandekten, Stuttgart 1872
2. *Baron*, Pandekten, Leipzig 1887
3. *Brinz*, Lehrbuch der Pand., 2 Bd., Erlangen 1879
4. *Dernburg*, Pandekten, 1. Bd., Berlin 1902
5. *Demelius*, Die Exhibitionspflicht, Graz 1872
6. *Einert*, Über die actio ad exhibendum in den Sammlungen auserlesener Dissertationen von M. Barth, III. Bd. Augsburg 1837.
7. *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Bd. II, Erlangen 1809
8. *V. Keller*, Pandekten, 2. Leipzig 1867
9. *Puchta*, Lehrbuch der Pand. Leipzig 1838
10. *Rensburg*, Die Anwendungsfälle der actio ad exhibendum, Dissert. Bonn 1896
11. *Schmieding*, Bedeutung der gemeinrechtlichen actio ad exhib. Borna-Leipzig 1902
12. *Sintenis*, Civilrecht, 2. Leipzig 1868
13. *v Vangerow*, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, 3 Bd. Marburg-Leipzig 1847
14. *v. Wächter*, Pand. II, Leipzig 1881
15. *Wendt*, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888
16. *Windscheid*, Pandekten, 2 Bd. Frankfurt a. M. 1900
17. *Ziebarth*, Die Realexekution und die Obligation, Halle a. S. 1866

---

18. *Bartels*, Ausführungen zur Besitzlehre des B. G. B. (in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Band 42. Berlin 1898)
19. *Biermann*, Sachenrecht. Berlin 1903

20. *Bernhöft,* Das Bürgerliche Recht. Rostock 1904
21. *Bunsen,* Einführung in das Bürgerl. Gesetzbuch für das deutsche Reich. Rostock 1987
22. *Bekker,* Besitz bewegl. Sachen, in Cherings Jahrbüchern, Bd. 34, Jena 1895
23. *Crome,* System des deutschen Bürg. Rechtes, 3 Bd. Tübingen 1905
24. *Cosack,* Lehrbuch des Bürg. Rechts, 2 Bd., Jena 1904
25. Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. Berlin 1896
26. *Dernburg,* Bürg. Recht, III. Halle 1898
27. Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich, erste Lesung, Berlin 1888
28. *Endemann,* Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 2. Band, Sachenrecht. Berlin 1905
29. *Enneccerus und Lehmann,* Das Bürg. Recht, 2. Marburg 1901
30. *Fischer und Henle,* Bürg. Gesetzbuch. München 1906
31. *Frank,* Der Besitzwille nach dem B. G. B. (Dissert.) Bonn 1898
32. *Gierke,* Verhandl. des 24. deutschen Juristentages, Bd. III, 1898
33. *Gierke,* Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, in Fischers Abh., Bd. I. Berlin 1898
34. *Gierke,* Deutsches Privatrecht, 2, Leipzig 1905
35. *Gärtner,* Gerichtlicher Schutz gegen Besitzverlust, in Studien zur Erläuterung des Bürg. Rechts (herausgegeben von Leonhard) Heft 4
36. *Goldmann und Lilienthal,* Das Bürg. Gesetzbuch, I. Berlin 1900
37. *Grützmann,* Wirkungen d. Besitzes, Sächs. Archiv, Bd. 8
38. *Hellwig,* Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901
39. *v. Chering,* Der Besitzwille. Jena 1889
40. *Kober,* III. Bd., Sachenrecht München 1903
41. *Kappler,* Zur Lehre vom Besitz, Dissertation. Wiesbaden 1899

42. *Künkler*, Das Selbsthülferecht des Besitzers, Diss. Marburg 1899
43. *Kuhlenbeck*, Lehrbuch des Bürgl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, 2 Bd., Berlin 1903
44. *Klein*, Der Abholungsanspruch aus § 867 und 1005, Diss. Borna-Leipzig 1903
45. *Kniep*, Der Besitz des Bürg. Gesetzbuches. Jena, Fischer 1900
46. Motive zum Entwurf eines Bürg. Gesetzb., Bd. III (u. VI), Berlin 1896
47. *Matthiass*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Berlin 1900
48. *Meisner*, Bürgerliches Gesetzbuch, 3, Sachenrecht, Breslau 1901
49. *Mende*, Der Abholungsanspruch des Besitzers mit Berücksichtigung der actio ad exhibendum, Diss. Borna-Leipzig 1903
50. *Neumann*, Handausgabe des Bürg. Gesetzbuches für das deutsche Reich 1. Band. Berlin 1905
51. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B., Bd. III u. VI. Berlin 1899
52. *Planck*, Bürg. Gesetzbuch, 3. Aufl. Berlin 1906
53. *Raape*, Besitzerwerb ohne Besitzwillen, Dissertation Bonn 1901
54. *Scherer*, Kommentar zum Sachenrecht des B. G. B., Erlangen 1899
55. *Staudinger*, Bürg. Gesetzbuch, Sachenrecht, München 1898
56. *Stobbe-Lehmann*, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2 Bd., 3. Aufl. Berlin 1896
57. *Strohal*, Sachbesitz in Cherings Jahrbüchern, Bd. 38. Jena 1898
58. *Turnau und Förster*, Das Liegenschaftsrecht, 1. Bd. Paderborn 1902
59. *Wendt*, Der mittelbare Besitz, Archiv für civilist. Praxis, Bd. 87

Inhaltsangabe.

A. Einleitung.

§ 1. Die Zweckbestimmung des § 867 . . . 9

B. Ausführung

§ 2. Die actio ad exhibendum und ihr Verhältnis zu § 867 11

§ 3. Die Voraussetzungen unseres heutigen Abholungsanspruches 19

1. Die positive Voraussetzung 20
2. Die negative Voraussetzung 25

§ 4. Der Gegenstand des Anspruchs . . . 30

1. Die Bedeutung des Ausdrucks „der Grundstücksbesitzer hat zu gestatten," wobei besonders der § 904 berücksichtigt wird.
2. Kann der Grundstücksbesitzer die Erlaubnis aus irgend einem wichtigen Grunde verweigern?

§ 5. Feststellung der für den Anspruch in Betracht kommenden Personen 39

1. Wem steht der Anspruch zu? . . . 39
2. Gegen wen richtet sich der Anspruch? 44

§ 6. Läßt der Anspruch petitorische Einreden zu? 46

§ 7. Die Schadenersatzpflicht des Sachbesitzers 47

C. Schlußbetrachtungen 48

A. Einleitung

§ 1.

Die Zweckbestimmung des § 867.

Derjenige, dem das Recht auf die Innehabung einer beweglichen Sache zusteht, kann in der Verfolgung dieses seines Rechtes dadurch gehindert werden, daß die Sache durch irgend welche Umstände auf ein fremdes Grundstück gelangt, dessen Innehaber das Betreten des Grundstücks zwecks Aufsuchung und Wegschaffung der Sache verbietet.

Für den Fall, daß der Grundstücksbesitzer die Sache etwa selbst an sich gebracht haben sollte, durch widerrechtliche Entziehung derselben, also durch verbotene Eigenmacht, würde der Sachbesitzer durch die §§ 858 ff. genügend geschützt sein. Ist dagegen die Sache ohne Zutun des Grundstücksbesitzers auf das Grundstück gelangt und dann hinterher von diesem oder einem Dritten in Besitz genommen worden, so hat der bisherige Besitzer der Sache gegen den gegenwärtigen Besitzer entweder einen Anspruch auf Herausgabe der Sache auf Grund eines ihm zustehenden dinglichen Rechtes an der Sache (Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht §§ 985, 1065, 1227) oder, falls es ihm an einem solchen Rechte fehlt, auf Grund seines früheren Besitzes nach § 1007.

Bisher ist der Verfasser von dem Gesichtspunkte ausgegangen, daß mit dem Hingeraten einer Sache auf ein fremdes Grundstück zugleich Besitzverlust eintritt. Dies braucht aber nicht immer notwendig der Fall zu sein. Nach der in der Literatur allgemein herrschenden Ansicht kann das Ereignis, welches die Sache auf das

Grundstück bringt, auch eine schwächere Wirkung haben, nämlich die, daß nur eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt über die Sache eintritt. Dies ist z. B. anzunehmen, wenn einem Spaziergänger durch einen Windstoß der Hut vom Kopf gerissen und auf ein offenes Grundstück geweht wird. Alsdann würde in der Besitzergreifung eines anderen verbotene Eigenmacht liegen, da ja in einem solchen Falle nach § 856 Abs. 2 B. G. B. der Besitz für noch nicht beendigt gilt. Mithin würden auch hier wiederum für den Sachbesitzer die §§ 858 ff. B. G. B. in Betracht kommen.

Wie wir sehen, ist von dem Gesetzgeber zum Schutze des Besitzes eine reiche Fülle von Hilfsmitteln geschaffen worden; alle haben aber zur Voraussetzung, daß dem bisherigen Besitzer ein gegenwärtiger Besitzer gegenübertritt.

Welchen Schutz genießt nun aber ein Sachbesitzer, falls nur ein zuständliches Sichbefinden der Sache auf fremden Gebiete vorliegt, ohne daß der Grundstücksbesitzer oder ein Dritter zu ihr in irgendwelche Beziehung tritt?

Die soeben angezogenen Hilfsmittel versagen dann vollständig. Ein selbständiges Verfolgungsrecht ist nur unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 229, 904 962 B. G. B. gegeben. Man hätte nun vielleicht daran denken können, für diesen Fall eine Verallgemeinerung eintreten zu lassen. Allein dies würde eine zu starke Eigentumsbelastung für den Grundstücksbesitzer gewesen sein. Geholfen werden mußte aber auf alle Fälle, denn[1] es würde offenbar zur größten Unbilligkeit führen, wenn die tatsächliche Gewalt über ein Grundstück benutzt werden könnte, um die fernere Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine auf ein fremdes Grundstück gelangte Sache auszuschließen".

[1] Motive, Band III, S. 298

Mithin stellte sich das zwingende Bedürfnis nach einer zweckentsprechenden Ergänzung der Lehre vom Besitzschutz heraus.

Diesem vorhandenen Bedürfnisse abzuhelfen, ist die Zweckbestimmung des § 867 B. G. B. Gegen Ersatz jeglichen Schadens wird darin dem Grundstücksbesitzer die Verpflichtung auferlegt, die zur Aufsuchung und Wegschaffung der Sache notwendigen Handlungen des Sachbesitzers zu dulden.

Im römischen und gemeinen Rechte half in einem solchen Falle dem Nichtinhaber einer beweglichen Sache gegenüber, der den Zutritt verweigerte, die actio ad exhibendum (Tenebris ad exhibendum licet non possidens l. 5 § 5 D. ad exhib. 10, 4.

In dem jetzt folgenden ersten Teile der Ausführung werde ich mich mit der Natur dieser actio näher beschäftigen.

B. Ausführung.

§ 2.

Die actio ad exhibendum.

Über die rechtliche Bedeutung der actio ad exhibendum gehen die Meinungen der Rechtslehrer vielfach auseinander. Ein ausschlaggebender Gesichtspunkt für das Wesen dieser Klage war zunächst der, daß bei ihr immer eine andere Klage im Hintergrund stand.[1] Das Vorhandensein dieser zweiten Klage, der eigentlichen Hauptklage, welche in den Quellen mit judicium directum bezeichnet wird, war eine unerläßliche Vorbedingung für die Anstrengung der actio ad exhibendum. Deshalb war auch derjenige als Kläger genügend legitimiert, oder richtiger, es wurde demjenigen das erforderliche

---

1 Wendt a. a. O. § 283. S. 669: „Sie dient stets vorbereitend zur Sicherung hinter ihr stehender anderer Klagen".

rechtliche Interesse (siehe oben) an der Klage zugesprochen, der da glaubhaft machte, daß er das Recht und vielleicht auch die Absicht habe, diese im Hintergrunde stehende Hauptklage anzustellen.[1]

Den Gegenstand der Klage, d. h. der actio ad exh., bildete, wie ihr Wortlaut ergiebt, zunächst immer nur das „exhibere“[2] das Vorzeigen des mit der Hauptklage erstrebten Gegenstandes. Sie war also ihrem inneren Wesen nach nur eine Hülfsklage, eine Vorklage für diese später anzustrengende Hauptklage. Während nun aber die herrschende Meinung dahin geht, daß das Wort „exhibere“ stets und überall, wo es uns in den Quellen begegnet, diese Bedeutung beibehält, wird von anderer Seite, insbesonders von Einert und Glück[3] behauptet, die Klage vermöge unter Umständen ihren präparatorischen Charakter abzustreifen, das Wort „exhibere“ sei in besonderen Anwendungsfällen gleichbedeutend mit tollere pati (gestatten, daß ein Gegenstand weggenommen werde) oder mit restituere.

Allerdings wird in den meisten Fällen mit der Klage ein Erfolg erzielt, der weit über das ursprünglich mit exhibere gewollte hinausgeht, ein Erfolg, der vielfach den Zweck der Hauptklage selbst schon erfüllt. Gleichwohl sind diejenigen im Irrtum (Einert, Glück), welche

---

1 l. 3 § 9 h. t. sagt ganz allgemein: „sciendum est autem non solum eis, quos diximus competere ad exh. actionem verum ei quoque, cuius interest, exhibere.

Am wichtigsten ist, wie Demelius § 19 zeigt, der von Ulpian zitierte Ausspruch des Neratius: Ulp. l. 3 § 11: „(Eleganter igitur definit Neratius), judicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an justam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.

cf. Demelius § 7, § 19. Brinz, § 324, S. 689

2 „Exhibere est facere in publico potestatem, ud ei qui agat experiundi sit copia (l. 2. h. t.)

3 Glück, S. 174 unter 3, S. 179 — Einert S. 33—35 Ziebarth a. a. O. S. 96

aus dieser Erscheinung die Annahme herleiten, das Wort „exhibere“ könne seinen ursprünglichen Sinn verändern, die Klage sei von vornherein auf diesen Zweck gerichtet gewesen[1]. Der praktische Erfolg darf eben nicht zu Rückschlüssen auf das innere Wesen der Klage benutzt werden; denn niemals wurde die Restitutionswirkung auf Grund des Urteils erzielt. Sie trat nur dann ein, wenn der Beklagte sie freiwillig herbeiführte. Hatte nämlich die im Exhibitorium angestellte Voruntersuchung das Recht des Klägers außer Zweifel gestellt, und damit der Beklagte die Überzeugung gewonnen, daß er in einem sich an das exihibitorische Verfahren anschließenden judicium directum unterliegen würde, so war die natürliche Folge davon die, daß er die Sache jetzt gutwillig herausgab. Viel einfacher lag die Sache, wenn es sich für den Kläger nur darum handelte, seine auf ein fremdes Grundstück geratene Sache wiederzuerlangen. Vermittelst der actio ad exhibendum erreichte der Kläger, daß der Beklagte sein passives Verhalten aufgab.[2] Er mußte die Sache edieren, sie vor dem Richter bringen, und damit war zugleich der Zweck der Hauptklage selbst erfüllt; denn es lag ja gar kein Eigentumsstreit vor.[3]

In beiden Fällen fügte sich der Beklagte bereits im Exhibitorium, da er keine Aussicht mehr hatte, in dem ihm jetzt drohenden Vindikationsprozesse zu gewinnen. Der Erfolg war einmal ein restituere, das andere Mal ein tollere pati.

Trotzdem dürfte es nach dem Vorstehenden völlig klar sein, daß diese Erscheinung auf die rechtliche Bedeutung des Wortes „exhibere“ keinen Einfluß hat. „Vielmehr behält auch in diesen Fällen unsere Klage

---

1 cf. Brinz, § 329, S. 685 „es kann bei der actio ad exhib. auf Restitution nicht nur gehofft, sondern auch geklagt werden.“

2 Schmieding a. a. O. S. 4

3 cf. v. Vangerow a. a. O. S. 630, unter III. 1.

ganz ihre ursprügliche Natur, und zufällige Umstände führen nur äußere Verschiedenheiten herbei, welche das eigentliche Wesen der Klage gar nicht berühren."[1] Durch die Quellen wird außerdem diese Auffassung von Vangerow und damit zugleich das Endergebnis der ganzen Untersuchung in wirksamster Weise unterstützt; denn dieselben heben den Unterschied in der Bedeutung des exhibere und des restituere scharf hervor. So sagt z. B. Gaius l. 22. D. 50, 16: „plus est in restitutione quam in exhibitione. Nam „exhibere" est praesentiam corporis praebere. „Restituere" est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur."

Die normale Bedeutung der actio ad exhibendum lag also zunächst in ihrer Funktion als präparatorisches Rechtsmittel, ihre praktische jedoch in der Wahrscheinlichkeit, daß bereits durch ihre Anstellung die im Hintergrunde stehende Hauptklage ihre Erledigung finden werde. Hierin werden wir auch hauptsächlich die Erklärung für die vielen Anwendungsfälle der actio im römischen und gemeinen Rechte zu suchen haben. War z. B. im einzelnen konkreten Fall die Durchführung der Hauptklage mit besonderen Schwierigkeiten verbunden, oder handelte es sich darum, vorerst einmal die Identität[2] der Sache festzustellen, oder wollte sich der Kläger zunächst von der Beschaffenheit,[3] dem Zustand und der Größe der Sache überzeugen zwecks Geltendmachung späterer Schadenersatzansprüche, so war es natürlich, daß er es in allen Fällen zunächst einmal mit der exhibitorischen Hülfsklage versuchte. Von dem Verhalten des Beklagten hing es dann ab, ob er es überhaupt noch nötig hatte, zur Hauptklage zu schreiten. So diente also die actio ad exhibendum nicht nur dazu, die Haupt-

1 v. Vangerow a. a. O. S. 631 cf. Demelius a. a. O. S. 61
2 Demelius a. a. O. S. 67. Brinz, § 324
3 Glück, S. 181, I b, ebenso v. Wächter, a. a. O. § 221 S. 506.

klage vorzubereiten, sondern gegebenenfalls sie zu ermöglichen[1].

Der Hauptwert der actio lag in der Vorbereitung der Eigentumsklage[2], doch diente sie nach Dernburg[3] auch zur Vorbereitung anderer dinglicher Klagen. Ferner zur Vorbereitung einer Wahl bei einem Optionslegate, zur Geltendmachung gewisser Interdikte[4] und zur Anstellung einer Noxalklage. Bei anderen Forderungsrechten wird dagegen ihre Zweckmäßigkeit von verschiedenen Seiten verneint[5], obwohl sich natürlich auch

---

1 In den Quellen sind besonders zwei Fälle genannt: 1. Es ist jemanden eine Sache vermacht, welche er aus mehreren auswählen soll, und er will sein Wahlrecht ausüben. Die Möglichkeit der Wahl wird dann durch die actio ad exhib. erzwungen. 2. Die Sache des einen ist mit der Sache des anderen trennbar verbunden, und es muß erst eine Trennung geschehen, damit eine Vindikation möglich ist.

1. l. 3 § 6 h. t.: „Item, si optare velim servum vel quam aliam rem, cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis possim vindicare"
2. l. 23 § 5 de R. V. Paul.: „Item quaecumque aliis juncta sine adjecto accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur et tunc vindicentur.

2 l. 1, D. 10, 4. Ulp. „Haec actio perquam necessaria est, et vis eius in usu cottidiano est et maxime propter vindicationes inducta est."

3 Dernburg, § 135, S. 313 (Pand.)

4 Glück, a. a. O. S. 182. Vangerow, a. a. O. S. 629. Brinz, § 324, S. 679, l. 3 §§ 5, 11, 12 h. t.

5 Demelius, § 30, S. 151. Brinz a. a. O. § 324, S. 679. Anderer Meinung: Puchta, § 370, S. 410 (Pand.) Windscheid, Pand. § 474. Arnds, Pand.

v. Vangerow, § 707, S 629: „Möglicher Weise können doch auch Forderungsklagen durch sie präpariert werden, wie namentlich possessorische Interdikte". (l. 3, § 5, 11, 12, h. t., Noxalklagen. (l. 3, § 7, h. t.) u. Diebsklagen (l. 12, § 2 h. t.)

Am weitesten geht Ziebarth, Die Realexekution und die Obligation, Halle a. S. 1866 (S. 90 ff., S. 89, S. 105 Anm. 32).

cf. Wendt, a. a. O. § 283, S. 669/70.

bei einem Kontraktsverhältnis eine Pflicht zur Exhibition ergeben kann. Allein, um diese durchzusetzen, brauche ich nicht erst zu dem Mittel der actio ad exhibendum zu greifen. Dies Bedürfnis erfüllt die betreffende Kontraktsklage selbst schon; denn bei obligatorischen Ansprüchen kann doch nur auf Grund des zwischen zwei Personen bestehenden kontraktlichen Verhältnisses für den einen die Pflicht entstehen, dem anderen Sachen vorzuweisen.

Auf die Entscheidung der Frage, ob wir in der actio ad exhibendum eine persönliche oder eine dingliche Klage zu erblicken haben, will ich hier nicht weiter eingehen. Nur so viel sei bemerkt, daß sie viele Elemente an sich trägt, welche auf eine dingliche Natur schließen lassen.[1] Einmal die Tatsache, daß mit der facultas exhibendi[2] die Passivlegitimation wechselt, also die Pflicht zum Vorweisen nicht, wie bei den actiones in personam, einer von vornherein bestimmten Person obliegt, sodann der Umstand, daß sie unvererblich[3] ist.

Wie das römische Recht, so bediente sich auch das gemeine Recht der actio ad exhibendum. Und auch hier machte sich der praktische Nutzen der Klage

---

1 v. Wächter a. a. O. § 221 stimmt für eine actio personalis in rem scripta. cf. Brinz, § 324, S. 608: „U. E. reiht sich die actio ad exh. den Zwangsrechten an, die als integrierende Bestandteile dinglicher Rechte vorkommen.“ Demelius, § 10, S. 50, zählt die actio zu den actiones in personam. — Donellus, Bd. XIII, l. XX c. 9 § 2. cf. Glück: Nach ihm muss die actio ad exhibendum zu den sogen. actiones in rem scriptae gerechnet werden (S. 189, Bd. 11) Insbesondere Bd. 11, S. 226. „Aus allem erhellet also, dass die actio ad exhibendum zu den actionibus in rem scriptis gehöret, welche gegen jeden Besitzer angestellt werden können, ohne sich auf ein dingliches Recht zu gründen?

2 Ulp. l. 3 § 15 h. t.: Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni.

3 l 12, § 6, D. h. t.

besonders dann bemerkbar, wenn es sich um die Abholung einer auf ein fremdes Grundstück gelangten Sache handelte. Vermittelst der actio ad exhibendum ward auch hier der den Zutritt zu seinem Grundstück verweigernde Grundstücksbesitzer gezwungen, die Sache demjenigen zu exhibieren, der das erforderliche rechtliche Interesse nachwies. Eine direkte Verpflichtung zur Gestattung der Wegnahme, wie sie im § 867 B.G.B. vorgesehen ist, enthielt die Exhibitionspflicht auch im gemeinen Recht nicht. Indessen ging das gemeine Recht doch einen Schritt weiter, wie das römische Recht. Die in der gemeinrechtlichen Doktrin herrschende Meinung[1] geht nämlich dahin, daß der Exhibitionspflichtige durch die Exhibition in die Lage versetzt werde, entweder die Wegnahme der Sache gegen cautio de damno futuro et praeterito zu gestatten, oder der Sache sich anzunehmen und der Beklagtenrolle in dem nunmehr ermöglichten und zu erwartenden Vindikationsprozesse sich zu unterziehen. Das ursprüngliche Wesen der Klage ward aber hierdurch in keiner Weise berührt. Gegenstand und Zweck der Klage bildete nach wie vor immer nur das exhibere, das Vorzeigen der Sache, nur hatte sie jetzt, falls der Beklagte nicht freiwillig die Abholung der Sache geschehen ließ, die weitere Folge, daß der Beklagte jetzt zu wählen hatte, ob er die Wegnahme gegen Sicherheitsleistung dulden oder die Sache an sich nehmen wolle, damit die Anstellung einer Vindikationsklage gegen ihn möglich war.

Diese kurze Darstellung dürfte wohl genügen, um ein einigermaßen klares Bild von dem Wesen der römischen und gemeinrechtlichen actio ad exhibendum zu erhalten, indessen möchte ich zum Schluß noch eine kurze Betrachtung anstellen über das Verhältnis derselben zu unserem heutigen Abholungsanspruche.

1 cf. Motive, Bd. III, S 296 ff.

Da die actio ad exhibendum, wie wir gesehen haben, unter Umständen den gleichen Erfolg haben konnte, wie unser Abholungsanspruch, so könnte man auf den ersten Blick hin vielleicht glauben, sie habe bei der Beratung des § 867 B. G.-B. zum Vorbild gedient. Geht man jedoch auf das im Vorstehenden erörterte näher ein und vergegenwärtigt man sich dabei vor allem die wahre Natur der Klage, so muß sich m. E. die Unzulänglichkeit einer solchen Annahme sofort herausstellen. Während nämlich unser heutiger Abholungsanspruch, wie der Name selbst schon andeutet, von vornherein auf die Abholung der Sache gerichtet ist, also direkt den Endzweck selbst schon zum Gegenstande hat, wird und kann mit der actio ad exhibendum immer nur deren Vorweisung verlangt werden. Mende[1] hat deshalb auch ganz recht, wenn er sagt: „Jene actio konnte und kann auch jetzt immer nur ein Ersatz unseres heutigen Abholungsanspruches sein; sie hat also niemals sein Vorbild sein können, und noch weniger läßt es sich denken, daß sie ihm die Grundlage gewesen ist. Sie war zwar sein Vorläufer, aber nicht sein Vorbild."

Ein solches wird man vielleicht in dem preußischen allgemeinen Landrecht erblicken dürfen. Dies kannte nämlich bereits für einzelne der einschlägigen Fälle ein besonderes Betretungsrecht. So gestattete es z. B. dem Bienenvater, sich seiner ausgeflogenen Bienenschwärme wieder zu bemächtigen, dem Eigentümer von Privatgewässern seine bei großem Wasser oder Dammbruch ausgetretenen Fische auf fremden Grund und Boden wieder an sich zu nehmen.

Aus diesen Einzelbestimmungen entlehnte man dann weiter den Satz, daß jeder ein fremdes Grundstück betreten dürfe, soweit es nötig sei, um bewegliche Sachen, welche zufällig auf dasselbe gelangt wären, wieder zu erlangen.

---

[1] Mende, Der Abholungsanspruch des Besitzers, S. 10 (Diss.)

Dementsprechend hatte der erste Entwurf zum Bürg. Gesetzbuch diesen Satz als Beschränkung des Eigentums aufgenommen und bestimmt, daß der Eigentümer eines Grundstückes, auf dessen Gebiet eine fremde, bewegliche Sache sich befindet, dem Eigentümer oder bisherigen Innehaber derselben die zur Aufsuchung, Erlangung und Fortschaffung der Sache erforderlichen Handlungen gestatten müßte.

Auch für den dabei eventuell entstehenden Schaden enthielt die obige Bestimmung des ersten Entwurfes eine entsprechende Vorschrift.

Die zweite Kommission brachte dann diesen Satz unter die Besitzlehre und gab ihm die Gestalt, wie wir sie oben in § 867 B. G. B. kennen gelernt haben.

Von anderen modernen Gesetzgebungsarten enthält nur der bayrische Entwurf im zweiten Teile ähnliche Bestimmungen. Da sich diese im wesentlichen mit denen des B. G. B. decken, will ich nicht weiter auf sie eingehen, sondern nunmehr zur besonderen Behandlung unseres heutigen Abholungsanspruches übergehen. Es mag hier gleich hervorgehoben werden, daß in der Auffassung verschiedener Punkte die Meinungen der Rechtslehrer vielfach auseinandergehen. Diese Tatsache ist eigentlich um so befremdender, als doch die Motive, denen der Paragraph seine Schöpfung verdankt, völlig klar vor Augen lagen. Besonders stark divergieren die Ansichten, wie wir im folgenden Abschnitte sehen werden, hinsichtlich der Voraussetzungen des Anspruchs.

§ 3.

Die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 867 des B. G. B.

Die Geltendmachung des Anspruchs ist nach dem Gesetz an zwei Voraussetzungen geknüpft, und zwar nach Planck[1] an eine positive und eine negative. Positive

1 Planck, a. a. O., § 867, S. 58 ff.

Voraussetzung ist, daß die Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines anderen befindliches Grundstück gelangt ist. Als negative Voraussetzung wird gefordert, daß weder der Grundstücksbesitzer noch ein Dritter diese Sache hinterher in Besitz genommen hat. Im folgenden Abschnitte werde ich mich zunächst mit der positiven Voraussetzung befassen und dabei insbesondere darzutun versuchen, welche rechtliche Bedeutung dem Ausdrucke „aus der Gewalt" beizumessen ist.

1. Die positive Voraussetzung.

Dieselbe ist also gegeben mit dem Augenblicke, in welchem eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein fremdes Grundstück gerät.

Dabei werden nach Biermann[1] auch die im § 95 genannten Sachen den Grundstücken gleichzustellen sein (Gebäude, die in Ausübung eines Rechtes mit dem Grundstücke verbunden sind); denn die Vorschriften, welche sich auf Grundstücke beziehen, finden auch in gleicher Weise auf die unter diesen Paragraphen fallenden Sachen Anwendung[2] (vergl. §§ 873 ff., bes. § 1017).

In welcher Weise die Sache auf das Grundstück gelangt ist, ob durch Zufall, wie elementare Ereignisse (Windstoß, Wegschwemmung) oder durch das Weglaufen eines Tieres, oder mit Zutun des Sachbesitzers (unvorsichtiges oder mutwilliges Hinüberwerfen eines Balles durch Kinder) ist juristisch völlig bedeutungslos. Hinsichtlich des letzten Falles betonen die Motive[3] ausdrücklich, daß man eine culpa in propriis nicht mit der Abschneidung der Rechtsverfolgung bestrafen dürfe. Von den übrigen Besitzansprüchen unterscheidet sich der

---

1 Biermann a. a. O. zu § 867.

2 cf. Planck a. a. O. zu § 867 u. Z. 7 cf. Endemann a. a. O. § 35 A. 19. cf. Neumann a. a. O. S. 584 u. 6.

3 Motive, III, S. 296 ff.

vorliegende besonders dadurch, daß er zu seiner Entstehung keine Handlung verbotener Eigenmacht voraussetzt.

Was die Wirkung anbelangt, welche das Hingeraten einer Sache auf ein fremdes Grundstück für den Besitzer dieser Sache mit sich bringt, so haben wir dabei, wie schon unter § 1 erwähnt, zwei Möglichkeiten ins Auge zu fassen. Entweder die Sache wird dem Machtkreise des bisherigen Besitzers völlig entrückt, m. a. W. die tatsächliche Gewalt über sie geht gänzlich verloren, oder es tritt nur eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung derselben ein. In dem ersten Falle erleidet der Sachbesitzer nach § 856 B.G.B. einen Besitzverlust, im zweiten Falle nicht (§ 856, 2). Welche Wirkung im einzelnen konkreten Falle vorliegt, läßt sich schwer entscheiden; denn eine den Begriff „tatsächliche Gewalt" genau feststellende Definition enthält das Gesetz nicht. Nach den im Verkehr herrschenden Anschauungen hat man zu beurteilen, ob das Verhältnis des Besitzers zur abhanden gekommenen Sache noch ausreicht, um den Besitz als fortbestehend anzusehen, oder nicht. Hierbei wird man aber in erster Linie das Augenmerk darauf zu richten haben, ob der Besitzer noch imstande ist, Dritte von seinem Machtbereiche fern zu halten, denn das Vorhandensein einer solchen Möglichkeit gilt nach der jetzt herrschenden Ansicht als maßgebendes Kriterium für die Innehabung der tatsächlichen Gewalt. So wird man z. B. von keinem Besitzverlust sprechen können, wenn einem Bauern durch einen plötzlichen Windstoß der Hut vom Kopfe gerissen und auf ein fremdes offen darliegendes Grundstück getrieben wird. Ebensowenig, wenn eine Garbe durch den Wind auf das offene Feld des Nachbarn entführt wird. Wohl aber, wenn ein Vogel durch das offen stehende Fenster in des Nachbarn Stube fliegt, oder Kinder einen Ball in einen umzäunten Garten werfen. Es ergeben sich also danach für den Sachbesitzer

zwei Möglichkeiten, einmal die Möglichkeit einer Fortdauer, und zweitens die Möglichkeit einer Beendigung seines Besitzes. Wir werden mithin bei der Frage, welche Bedeutung dem Ausdrucke „aus der Gewalt“ zukommt, mit diesen beiden Gesichtspunkten rechnen müssen, d. h. es gilt eine Untersuchung darüber anzustellen, ob der betreffende Passus beide vorkommenden Wirkungsarten zuläßt, oder ob er etwa die eine oder die andere ausschließt. In der Literatur sind die Ansichten darüber sehr geteilt.

Während es nach Planck[1] völlig gleichgültig ist, ob der Besitzer seinen Besitz verloren hat oder nicht, erklärt Biermann[2] den Paragraphen nur im ersten Falle für anwendbar. Dadurch daß die Sache auf ein fremdes Grundstück gelangt, braucht sie seiner Meinung nach noch nicht notwendig aus der Gewalt des bisherigen Besitzers herausgekommen zu sein. Mithin handelt es sich hier für ihn um eine selbständige Voraussetzung des Anspruchs.

Daß dieser Auffassung von Biermann eine gewisse Berechtigung nicht abzusprechen ist, dürfte wohl kaum beanstandet werden können, indessen um durchschlagend[3] zu sein, bedarf sie m. E. doch einer ausreichenderen Beweisführung. Jedenfalls kann ich in dem bloßen Ausdruck „aus der Gewalt“ allein noch keinen genügenden Anhaltspunkt für deren Annahme finden. Dem-

1 Planck, a. a. O. zu § 867. Ebenso: Cossak, a. a. O. zu § 191 S. 91. Crome, a a. O. § 386, S. 238 ff., Endemann, § 35, S. 188, A. 20.

2 Biermann a. a. O. zu § 867 u. 1 b: „Die Sache muß aus der Gewalt gekommen sein, d. h. die Gewalt und damit der Besitz muß verloren sein.“ Ebenso: Matthiass a. a. O., § 5, S. 17, Anm. 3, ebenso Bartels a a. O. S. 678/79.

3 Strohal a. a. O. S. 54: „Doch ist dies nicht durchschlagend. Denn man darf nicht verkennen, daß die Verhältnisse, unter denen eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines anderen befindliches Grundstück gelangt, sehr verschiedenartig sein können.“

gegenüber möchte ich bemerken, daß eine Sache sehr wohl aus der Gewalt des Besitzers geraten kann, ohne daß dieser damit den Besitz der Sache verliert, nämlich dann, wenn die Verhinderung in der Ausübung der Gewalt ihrer Natur nach nur vorübergehend ist (§ 856, Abs. 2 B. G. B). Um zu beweisen, daß im vorliegenden Falle für den Sachbesitzer sehr häufig eine solche Position gegeben ist, genügt es wohl, wenn ich auf meine früher in dieser Hinsicht gemachten Ausführungen verweise.

Mag also der Besitz verloren gegangen sein oder nicht, in beiden Fällen kann man mit Recht sagen: „die Sache ist aus der Gewalt." Es lassen sich also diese beiden Wirkungsarten sehr gut mit der vom Gesetz gewählten Wortfassung „aus der Gewalt" vereinbaren.

Ebenso Turnau und Förster.[1] Nach ihnen „ist die Sache dann aus der Gewalt gekommen, wenn der Besitzer sie, ohne das Grundstück zu betreten, nicht wieder erlangen kann". Als ein besonders scharfer Gegner der Ansicht von Biermann zeigt sich auch Planck[2]. Für ihn ergiebt sich die völlige Bedeutungslosigkeit der fraglichen Ausdrucksweise aus folgenden Erwägungen. Zunächst macht er darauf aufmerksam, daß der Entwurf I zu § 867 nur die Worte enthielt: „Der Eigentümer eines Grundstücks, auf dessen Gebiet eine fremde bewegliche Sache sich befindet, — — —". Indem er dann weiter darauf hinweist, daß auch der § 1005, der dem Eigentümer einer beweglichen Sache gleichfalls den im § 867 bestimmten Anspruch beilegt, die Voraussetzung mit den Worten bezeichnet: „Befindet sich — — —", gelangt er zu der Auffassung, daß mit der im § 867 gewählten Wortform sachlich ganz dasselbe ausgedrückt werden sollte. Dies letzte Argument erscheint auch mir recht beachtlich, und daher schließe ich mich in

1 Turnau u. Förster a. a. O. zu § 867 S. 67
2 Planck a. a. O. zu § 867

dieser Beziehung Planck völlig an. In gleichem Sinne haben sich auch Mende und Klein, die dasselbe Thema wissenschaftlich behandelt haben, ausgesprochen. So sagt z. B. Mende[1]: „Da in der angezogenen Bestimmung (nämlich in der des § 1005) die im Entwurf gewählte Ausdrucksweise aufgenommen wurde, so ist ganz offensichtlich, daß letztere der in § 867 enthaltenen Bezeichnung gleichsteht."

Ebenso Klein[2]: „Was für § 1005 gilt, muß auch für den Anspruch aus § 867 gelten, auf den §1005 sich stützt."

Abgesehen hiervon giebt die vorbezeichnete Auffassung von Biermann auch noch aus folgenden Gründen zu großen Bedenken Anlaß. Will man nämlich mit Biermann den § 867 nur dann für zulässig erklären, wenn Besitzverlust eingetreten ist, so muß man ihn arg. ex contr. allemal dann versagen, wenn der Besitz noch fortdauert. Damit würde aber zweifelsohne das Anwendungsgebiet des ganzen Paragraphen sehr eingeschränkt werden. Sodann müßte man immer zunächst untersuchen, ob denn auch wirklich Besitzverlust vorliegt, und darunter würde wiederum die Tendenz des ganzen Paragraphen erheblich leiden; denn diese ist auf eine möglichst einfache und schnelle Erledigung abgestellt.

Ziehe ich nunmehr aus allem, was eben angeführt worden ist, den Schluß, so gelange ich bei der Auslegung der Worte „aus der Gewalt" zu der gleichen Anschauung wie Planck[3], daß nämlich dieser Ausdruck beides bedeuten kann, sowohl einen Verlust der Gewalt, als auch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung derselben.[4]

---

1 Mende, Der Abholungsanspruch des Besitzers, S. 17

2 Klein, Der Abholungsanspruch, S. 8.

3 Ebenso Cosack, § 191, S. 91, Strohal, a. a. O.. S. 54, Gärtner, a. a. O., S. 195. Ebenso Gierke, Deutsches Privatrecht 2. § 116 S. 254, Anm. 37

4 Übrigens erledigen sich die von den Gegnern hervorgehobenen Schwierigkeiten durch die richtige Auffassung der Gestattungspflicht, wie wir noch später sehen werden.

Mithin ist zur Entstehung des Anspruchs, und was noch erwähnt werden mag, zu dessen Begründung von seiten des Sachbesitzers die Tatsache bezw. der Beweis, daß sich die Sache auf ein fremdes Grundstück befindet, vollständig ausreichend.

2. Die negative Voraussetzung.

War die soeben behandelte Voraussetzung ihrem Inhalte nach positiv, so trägt die zweite vom Gesetz geforderte Voraussetzung ein negatives Gepräge. Sie betrifft als solche daher nicht das Wirksamwerden, sondern das Wirksambleiben des Anspruchs.

Es kann nämlich der Anspruch nach seiner Entstehung dadurch wieder erlöschen, daß die Sache hinterher, d. h. nachdem sie auf das Grundstück gelangt ist, und bevor der Anspruch geltend gemacht wird, von dem Grundstücksbesitzer oder einem Dritten in Besitz genommen wird. Ist dies nämlich der Fall, so ist der Abholungsanspruch hinfällig, und der Besitzer lediglich auf den Klageweg angewiesen. Für die Art der zu wählenden Klage ist auch hier wiederum das Verhältnis des Sachbesitzers zur Sache maßgebend. Handelt es sich z. B. nur um eine vorübergehende Behinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, m. a. W. dauert der Besitz noch fort,[1] so kommen für den Sachbesitzer die possessorischen Schutzmittel der §§ 858 ff. in Betracht; denn jede Inbesitznahme von seiten eines Anderen stellt sich als verbotene Eigenmacht dar. Bei Besitzverlust gestaltet sich die Sachlage dagegen wesentlich anders. Hier wird nämlich der Besitz des bisherigen Sachbesitzers durch eine Inbesitz-

---

1 cf. Motive, Bd. III, S 298 I. cf. Bernhöft a a. O., § 159, S. 139. cf. Neumann a. a. O. S. 584 unter 2.

Ebenso; Kober a. a. O., S. 31, 2, a, Crome a. a. O., S. 238 ff. cf. Turnau u. Förster zu § 867. cf. Fischer u Henle zu § 867.

cf. dagegen Biermann zu § 867 unter 3. cf. Strohal a. a. O., S. 53 Anm. 57

nahme in keiner Weise verletzt, da er diesen ja bereits mit dem bloßen Hingeraten der Sache auf das Grundstück verloren hatte. In einem solchen Falle tritt „dem früheren Besitzer der Sache ein gegenwärtiger Besitzer gegenüber[1], der den Besitz ohne verbotene Eigenmacht[2] erworben und deshalb dem früheren Besitzer nur nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze vermöge eines diesem etwa zustehenden Rechtes an der Sache zu weichen hat“ (§§ 985, 1065, 1227). Fehlt es dem Sachbesitzer etwa an einem solchen Rechte an der Sache, dann steht ihm noch als weiteres Hilfsmittel der § 1007 B. G. B. zu, die dingliche Klage aus dem früheren Besitz.

Wie bei der positiven Voraussetzung der Ausdruck „aus der Gewalt“, so haben hier bei der negativen Voraussetzung die Worte „in Besitz genommen ist“ zu großen Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben und zwar handelt es sich darum, ob dies „In Besitznehmen“ gleichbedeutend ist mit „den Besitz erwerben“, oder nicht. Während Planck beide Ausdrücke für identisch erklärt, verlangt Biermann[3] im Gegensatz dazu unter allen Umständen eine Handlung des Besitznehmers.[4] Aus den von der Kommission bei der Beratung über diesen Punkt gepflogenen Erörterungen läßt sich eine einigermaßen klare Anschauung kaum gewinnen. Ich will deshalb auch nicht näher auf diese eingehen.

---

1 Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. S. 168

2 Hellwig, Wesen u. subj. Begrenzung der Rechtskraft, S. 342/43

3 Biermann a. a. O. zu § 867 unter 1 c.: „Inbesitznahme nicht identisch mit Besitzerwerb. Dieser kann vielmehr bereits mit dem Gelangen der Sache auf das Grundstück erfolgt sein.“

Ebenso Gärtner a. a. O. S. 196.

4 Ebenso Turnau u. Förster zu § 867: „Besitz erlangt der Eigentümer in der Regel schon dadurch, dass die Sache auf das Grundstück gelangt. Dies reicht aber zur Ausschliessung des Anspruchs auf Gestattung nicht aus, vielmehr ist dazu die Inbesitznahme, also eine Handlung erforderlich.“

Desgleichen Raape a. a. O. S. 28 und 29.

Nach meinem Dafürhalten[1] muß die Entscheidung der vorliegenden Frage entschieden zu Gunsten von Biermann ausfallen. Giebt man nämlich der Auffassung von Planck den Vorzug, so dürfte wegen des heutigen Begriffes vom Besitzerwerb eine zu starke Behinderung in der praktischen Handhabung des Paragraphen zu befürchten sein.

Nach § 854, Abs. 1 B. G. B. erwerbe ich nämlich den Besitz einer Sache dadurch, daß ich die tatsächliche Gewalt über sie erlange. Bei der Feststellung des Begriffes „tatsächliche Gewalt" ist aber, wie schon oben erwähnt, in erster Linie das äußere Raumverhältnis, in dem sich die Sache befindet, maßgebend. Ja, in vielen Fällen ist ein solches sogar völlig ausreichend, und es bleibt die Frage, ob ich die Sache auch in Wirklichkeit in meine Gewalt habe bringen wollen und ob ich einen darauf gerichteten Willen betätigt habe, völlig außer Spiel. Einen Fall solcher Art liefert uns das Gesetz z. B. in § 911: „Früchte, die von einem Baume oder von einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinunterfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks." Es gehen demnach also die übergefallenen Früchte in das Eigentum und damit auch ohne weiteres in den Besitz des Nachbarn über, ohne daß es von seiner Seite irgendeiner Willensäußerung bedarf. Überhaupt hat das Gesetz beim Besitzerwerb von dem Vorhandensein eines Besitzwillens[2] als selbständiges Erfordernis Abstand genommen. Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß beim Besitzerwerb überhaupt kein Wille nötig ist. Soviel steht aber fest, daß der Wille, soweit er erforderlich ist, kein

1 A. Ansicht Crome a. a. O. S. 238 ff.

2 Protokolle, III., S. 166/167. Bekker, in Cherings Jahrb. Bd. 34, S. 28. Biermann a. a. O. S. 6 unter 3. Strohal a. a. O. S. 71 ff. (67). Planck, Bem. 2 zu § 854. Turnau und Förster, Bem. 4, S. 54. Gärtner a. a. O. S. 130. Raape a. a. O. (Diss.), Neumann zu § 854 A. 2b. — Dagegen Endemann § 74, S. 177. Frank, Besitzwillen, Dissert.

rechtsgeschäftlicher, sondern nur ein natürlicher Wille[1] zu sein braucht. Hieraus ergiebt sich also, daß in Fällen, in denen ohne einen derartigen Willen die tatsächliche Gewalt schon gegeben ist, ein Wille nicht mehr notwendig ist. Deshalb können z. B. nach B. G. B. auch geschäftsunfähige[2] Personen Besitz erwerben. Nach Kuhlenbeck ist nicht einmal ein bestimmtes Bewußtsein des Erwerbers vom erlangten Besitz erforderlich, falls nur der generelle Wille vorhanden ist, den Besitz gewisser Sachen zu erwerben (Briefe, Pakete, Bücher, die in unserer Wohnung niedergelegt werden).

Es kann sich also, wie aus dem Vorstehenden deutlich hervorgeht, ein Besitzerwerb vollziehen, ohne daß von seiten des Erwerbers irgend etwas dazu geschieht. Notwendig ist nur, daß in der Person des Erwerbers das Verhältnis zur Sache hergestellt ist, welches nach den im Verkehr herrschenden Ansichten für den Begriff „tatsächliche Gewalt" genügt.

Erklärt man also, um auf unsere Streitfrage zurückzukommen, mit Planck den Ausdruck „in Besitznehmen" für gleichbedeutend mit „Besitzerwerb", so wird damit ganz unzweifelhaft der Paragraph für zahlreiche Fälle außer Kraft gesetzt und damit zugleich erheblich an Bedeutung verlieren. Werfen Kinder z. B. einen Ball in einen umzäunten Garten, oder fliegt ein Vogel in des Nachbarn Stube, so dürfte damit zugleich das für

---

1 cf. Cosack, Lehrbuch des Bürg. Rechts, 2 Bd., Jena 1904. Dernburg, § 17. Chering, Besitzwille, S. 25.

2 Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, S. 78 (§ 854) Berlin 1903. Strohal, Sachbesitz, S. 76 ff. Cosack, § 186 S. 69 unter VI, 1. Matthias, § 3, S. 10 unter 1 a. Planck, Bem. 2, S. 32. Turnau u. Förster, S. 54, Anm. 4. Neumann a. a. O. S. 573 unter 2, b. — Dagegen: Endemann § 34, S. 181. Dernburg, § 17, S. 55 (geschäftsunfähige können selbständig nur unvollkommenen Besitz erlangen). E. I. § 800, hat ebenfalls den Besitzerwerb durch Kinder und Geisteskranke verworfen.

den Besitzerwerb erforderliche Gewaltverhältnis gegeben sein. Mithin erscheint mir die Auffassung von Biermann richtiger und zweckmäßiger zu sein.

Will man auch nicht gerade eine ausdrückliche Besitzergreifungshandlung verlangen, so viel steht jedenfalls fest, daß ein bloßes Geraten der Sache auf ein fremdes Grundstück zum Begriffe des Ausdrucks „In Besitznehmen" nicht ausreichen kann. In irgend einer Weise muß wenigstens der Besitzer des Grundstückes seinen Willen hinsichtlich der Sache kundtun z. B. etwa dadurch, daß er sie in engeres Gewahrsam nimmt. Strohal[1] erklärt auch eine indirekte Äußerung des Erwerbswillens für genügend, z. B. das Abrichten eines Hundes oder eines Kindes, angetriebenes Schwemmholz aufzufischen, um es dem Grundstücksbesitzer zur Verfügung zu stellen. Nach Klein[2] soll sogar unter Umständen das Leugnen des Grundstücksbesitzers, daß die Sache auf sein Grundstück geraten sei, als Besitzerwerbswille aufgefaßt werden können.

Den Einwurf von Mende,[3] daß das Gesetz, falls es für die Ausschließung des Anspruchs nur eine regelrechte Inbesitznahme hätte gelten lassen wollen, dann auch das Moment des Handelns in der gleichen Weise scharf betont haben würde, wie es in den §§ 2025 und 2027[4] geschehen, halte ich für unzutreffend. Mit demselben Rechte könnte man ebenso gut behaupten, erachtete das Gesetz die beiden Ausdrücke „Inbesitznahme" und „Besitzerwerb" für völlig gleichwertig, so hätte es sicherlich, um von vornherein jeglichen Zweideutigkeiten vorzubeugen, die im Antrage 3 zum § 867 enthaltene Fassung, „es sei denn, daß er den Besitz der Sache

---

1 Strohal, a. a. O. S. 67.

2 Klein, a. a. O. S. 11.

3 Mende, a a O. S. 26.

1 In diesen Paragraphen spricht das Gesetz nämlich ausdrücklich von einer „tatsächlichen" Besitzergreifung.

erworben hat", beibehalten. Daß das Gesetz nur deshalb von der soeben erwähnten Fassung in der vorliegenden Weise abgewichen sein soll, um zu verstehen zu geben, daß nicht immer lediglich das räumliche Verhältnis für den Besitzerwerb entscheidend sei, mit anderen Worten, daß nicht jedesmal schon dadurch der Besitzerwerb sich vollziehe, daß eine Sache auf ein fremdes Grundstück gerate[1], ist wohl kaum anzunehmen. Diesen Zweck hätte auch die im Antrage 3 enthaltene Textstelle erfüllt. Um das zu beweisen, brauche ich nur auf das aufmerksam zu machen, was oben über den Besitzerwerb gesagt ist. Danach ist allerdings in erster Linie das äußere Raumverhältnis ausschlaggebend. „Wo sich aber, um mit Matthiass[2] zu reden, in dem räumlichen Verhältnisse die tatsächliche Gewalt nicht unzweideutig offenbart, kann sie sich nur aus der Betätigung eines auf die Herstellung des Gewaltverhältnisses gerichteten Besitzwillens ergeben." „Wir besitzen bewegliche Sachen noch nicht, wenn sie auf unser offenes Grundstück gelangen, wohl aber, wenn wir einen Willensakt zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt vorgenommen haben."

Daß die Sache in Besitz genommen ist, ist Einwendung des Grundstücksbesitzers; ihn trifft dafür die Beweislast. Der Sachbesitzer hat zur Begründung seines Anspruchs nur die positive Voraussetzung zu beweisen.

§ 4.

Gegenstand des Anspruchs.

Gegenstand des Anspruchs ist die Duldung der zur Aufsuchung und Wegschaffung der Sache erforderlichen Handlungen seitens des Grundstücksbesitzers. Das Gesetz drückt dies dadurch aus, daß es sagt, der

---

1 Mende a. a. O. S. 25.

2 Matthiass a. a. O. § 3, S. 10.

Besitzer des Grundstücks hat dem Sachbesitzer die Aufsuchung und Wegschaffung seiner Sache zu gestatten.

Was man hierunter zu verstehen hat, ist nicht ganz klar ersichtlich. Einerseits darf man wohl nicht annehmen, daß der Sachbesitzer schlechthin ohne den Grundstücksbesitzer zu fragen, die Nachsuchung und Wegschaffung vornehmen darf. Andererseits kann es aber auch nicht das bedeuten, was Bekker[1] irrtümlich meint, daß der Abholungsanspruch unbedingt von der vorher einzuholenden und ausdrücklich gewährten Erlaubnis des Grundstücksbesitzers abhängig sein.[2]

Dies könnte unter Umständen zu großen Schädigungen des Sachbesitzers führen, indem oft ein großer Zeitverlust eintreten und dadurch leicht die Erreichung des Zweckes gänzlich vereitelt werden könnte. Fliegt z. B. mein Hut auf ein offenes Grundstück, und ich nehme nicht sofort seine Verfolgung auf, so laufe ich Gefahr, daß mein Hut entweder weiter fliegt, oder, falls es etwa regnet, verdirbt, oder auch von einem etwa zufällig des Weges kommenden gefunden und mitgenommen wird.

Dies sieht Bekker übrigens auch selbst sehr wohl ein. Er hält deshalb auch eine rationell einschränkende Auslegung für notwendig, giebt jedoch nicht an, auf welchem Wege dies wohl am besten geschehen könne. In der Literatur wird die Auffassung von Bekker von allen Rechtslehrern, welche sich eingehender mit dem vorliegenden Paragraphen beschäftigt haben, als unhaltbar zurückgewiesen.

Nach Dernburg[3] ist z. B. „eine besondere Verstattung des Grundstücksbesitzer nur dann einzuholen, wenn es

---

1 Bekker, Besitz beweglicher Sachen, in Cherings Jahrbüch. Bd. 34, S. 19.

2 cf. Endemann, a. a. O. § 35, A. 24. cf. Biermann, a. a. O., A. 2 zu § 867.

3 Dernburg, III., S. 83. Gierke, Deutsches Privatrecht 2 § 116, S. 254, Anm. 37 (a. M. Planck und Biermann).

sich um ein befriedetes Grundstück handelt, auf welchem der Grundstücksbesitzer zu finden ist."

Ebenso Enneccerus und Lehmann,[1] nach denen „die Verstattung vorausgesetzt werden darf, falls weder der Grundstücksbesitzer noch ein Vertreter anwesend."

Desgleichen Kuhlenbeck[2]: „Eine Ausnahme bildet der Fall, daß die Einholung der Erlaubnis mit unverhältnismäßigen Weitläufigkeiten verbunden wäre und eine stillschweigende Gestattung anzunehmen ist."

Am einfachsten wird m. E. die ganze Frage durch § 904 in Verbindung mit § 229 gelöst.[3] Nach § 904 ist nämlich der „Eigentümer einer Sache nicht berechtigt, die Einwirkung eines Anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehende Schaden unverhältnismäßig groß ist."

Der § 904 sagt zwar, nur der Eigentümer ist nicht berechtigt, die Einwirkung zu verbieten, indessen muß dasselbe auch von dem bloßen Besitzer gelten.[4]

Damit wir uns über die Bedeutung dieses Paragraphen einigermaßen klar werden, werde ich mich im folgenden, soweit es mir geboten erscheint, mit ihm befassen. Wie aus seinem Wortlaute ersichtlich, sind zu seiner Anwendbarkeit zunächst drei Voraussetzungen erforderlich.

Als erste und nächstliegende Voraussetzung wird das Vorhandensein einer Gefahr verlangt, und zwar muß diese Gefahr gegenwärtig sein. Unter Gefahr versteht man die drohende Möglichkeit irgend eines

---

4 Enneccerus und Lehmann, a. a. O. 84/88.

5 Kuhlenbeck, Bürgerliches Gesetzbuch I, Anm 1 zu § 867, S. 623, cf. Stobbe-Lehmann. § 101, Anm. 7. Kuhlenbeck a. a. O. S. 28. cf. Kober, a. a. O., S. 33, 2c. cf. Crome, a. a. O., S. 239. cf. Turnau und Förster zu § 867, S. 67.

3 cf. Kober, a. a. O. S. 33, 2b. cf. Planck, a. a. O. zu § 867.

4 Biermann a. a. O. zu § 867 unter 2. cf. Protokolle Bd. VI, S. 216.

Schadens. Welchem Rechtsgute diese Gefahr droht, ist gleichgültig. Es genügt die Gefährdung irgend eines rechtlich geschützten Interesses.

Die zweite Voraussetzung ist die, daß diese Gefahr nicht anders als durch die Einwirkung auf die Sache abgewendet werden kann.

Endlich muß noch der durch die Einwirkung auf die fremde Sache entstehende Schaden zu dem drohenden Schaden in einem bestimmten Verhältnisse stehen, und zwar muß hier der drohende Schaden unverhältnismäßig d. h. um ein beträchtliches größer sein, als der dem Eigentümer durch die Einwirkung entstehende.

Daß nun diese Voraussetzungen in vielen Fällen gegeben sind, wird wohl niemand bestreiten können. M. E. darf man sogar mit Recht behaupten, daß sie immer dann vorhanden sind, wenn es sich um ein unbefriedetes Grundstück handelt. Eine nähere Untersuchung des oben angeführten Beispiels vom Hut dürfte den Beweis hierfür deutlich genug erbringen.

Die vom Gesetz erforderliche Gefahr besteht in der Möglichkeit, des Hutes endgültig verlustig zu gehen, wenn ich erst die Erlaubnis einhole. Will ich mir also den Besitz meines Hutes sichern, dann muß ich sofort die Verfolgung aufnehmen und dazu ist es zweitens unumgänglich nötig, daß ich das Grundstück zwecks Abholung betrete. Daß endlich der durch das Betreten des Grundstücks für den Eigentümer entstehende Schaden bedeutend geringer ist, als derjenige, welcher für mich mit dem Verluste des Hutes verknüpft ist, bedarf wohl keines Beweises.

Was bedeuten nun aber die Worte, der Eigentümer ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines Anderen zu verbieten?

Ist diesem Andern damit ein eigenmächtiges Eingreifen in fremde Rechtssphären gegeben, d. h. ein Selbsthülferecht eingeräumt? Kann er etwa, falls sich der Eigentümer

der Einwirkung widersetzt, den Widerstand mit Gewalt brechen? Aus dem Wortlaute allein scheint dies m. E. noch nicht so ohne weiteres hervorzugehen. Damit ist an sich dem Eigentümer nichts weiter als eine Duldungspflicht auferlegt, dem im Notstande befindlichen ein Recht zu der Einwirkung gegeben; denn im Grunde genommen bedeutet doch der Passus „ist nicht berechtigt zu verbieten" dasselbe, was der § 867 mit den Worten „hat zu gestatten" ausdrückt. Wir haben dasselbe hier nur in negativer Form.

Ein Zugeständnis eigenmächtiger Durchführung des betreffenden Rechtes liegt demnach in dem Wortlaute allein kaum ausgesprochen, wohl aber in dem ganzen Inhalt des § 904; denn, sobald die Voraussetzungen zu § 904 vorliegen, sind auch immer diejenigen des § 229[1] gegeben. Zur Durchführung seines Rechtes kann er sich also stets des Selbsthülferechtes aus § 229 bedienen. Er wird stets den Widerstand des Eigentümers gegen die Einwirkung auf die Sache, die dieser zu dulden verpflichtet ist, nötigenfalls mit Gewalt beseitigen dürfen, weil doch offenbar eine obrigkeitliche Hülfe niemals rechtzeitig zu erlangen ist, wenn es sich um die Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr handelt.

Aus der Verbindung des § 904 mit § 229 ergiebt sich also, daß die in § 904 gegebenen Rechte stets als Selbsthülfehandlungen des § 229 ausgeübt werden können.

Ziehen wir nun hieraus in bezug auf unseren Fall den Schluß, so gelangen wir zu der Auffassung, daß

---

1 § 229: „Wer zum Zwecke der Selbsthülfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthülfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde."

die Einholung einer Erlaubnis immer dann überflüssig ist, wenn die Voraussetzungen zu § 904 vorliegen. Wann diese gegeben sind, wird nach der jeweiligen Lage des einzelnen Falles zu beurteilen sein.[1] Am besten macht man wohl einen Unterschied zwischen unbefriedeten und befriedeten Grundstücken und sieht bei ersteren stets die Voraussetzungen zu § 904 für gegeben an, bei letzteren dagegen nur, wenn ganz besondere Gründe dafür vorliegen. Demnach wird bei befriedeten Grundstücken in der Regel immer erst die Erlaubnis eingeholt werden müssen.

Hierbei muß sich uns nun unwillkürlich die Frage aufdrängen, ob der Grundstücksbesitzer seine Erlaubnis unter allen Umständen erteilen muß, oder ob er sie etwa aus irgend einem wichtigen Grunde verweigern darf.

Es könnte doch z. B. der Fall sein, daß mit dem Betreten des Grundstücks die Preisgabe eines Geschäftsgeheimnisses zu besorgen ist, oder daß der Grundstücksbesitzer seine Wohnung gegen das Ausspähen von Dieben schützen zu müssen glaubt, oder auch, es könnte die Zulassung mit Leibes-, oder gar Lebensgefahr für den Zuzulassenden verknüpft sein.

Nach Bekker und Biermann[2], von denen übrigens die soeben angeführten Beispiele herrühren, muß in solchen Fällen die Weigerung des Grundstücksbesitzers unbedingt durchschlagen.

Das Gesetz läßt eher das Gegenteil vermuten; denn wo es im § 867 von einem Verweigerungsrecht spricht, hat es ganz offenbar nur einen Vermögensschaden im Auge gehabt. Mithin liegt der Gedanke nahe, daß es in Fällen, in denen es sich um keinen direkten Vermögensschaden handelt, ein Verweigerungsrecht ausschließt.

---

1 cf. Klein, a. a. O., S. 19.

2 Bekker a. a. O. S. 21. Biermann a. a. O. zu § 867, ebenso Kober, a. a. O. S. 32, 2c.

Mit der Aufstellung dieser Hypothese gelangen wir jedoch zu keinem ordentlichen Ziel; jedenfalls kann sie schwerlich einen ausschlaggebenden Faktor abgeben. Wollen wir also zu einer durchgreifenden Entscheidung der Frage gelangen, so müssen wir versuchen, andere entscheidendere Gesichtspunkte zu finden.

Da nun unleugbar eine Entsagung des Verweigerungsrechtes für den Sachbesitzer, eine Einräumung dagegen für den Grundstücksbesitzer vorteilhafter sein würde, so dürfte sich vielleicht die Untersuchung empfehlen, wer von den beiden Beteiligten nach Lage der Dinge am meisten Berücksichtigung verdient.

Gewisse Zweckmäßigkeitsgründe sprechen entschieden für den Sachbesitzer; denn ohne Zweifel wird dem Grundstücksbesitzer mit der Einräumung des fraglichen Rechtes zugleich eine gefährliche Waffe in die Hand gedrückt, eine Waffe, welche er leicht benutzen könnte, um einen ihm etwa mißliebigen Sachbesitzer zu schädigen. Zwar ist der Sachbesitzer vor einer direkten Chikane dadurch geschützt, daß der Grundstücksbesitzer natürlich hinsichtlich des Verweigerungsgrundes den Beweis erbringen muß. Immerhin tritt aber im Verweigerungsfalle eine große Verzögerung ein, welche dadurch, daß der Grundstücksbesitzer hinterher etwa Schadenersatz leisten muß, nicht immer aufgewogen werden kann. Zudem muß man doch auch berücksichtigen, daß die ganze Zweckbestimmung des vorliegenden Paragraphen darin gipfelt, dem Sachbesitzer die Möglichkeit zu geben, sich seiner Sache tunlichst ohne jedweden Zeitverlust wiederzubemächtigen. Es muß daher jeder Umstand, der deren Verwirklichung möglicherweise erschweren oder gar vereiteln kann, aufs sorgsamste ferngehalten werden.

Aus diesem Grunde ist deshalb der Verfasser der Ansicht, daß für den Grundstücksbesitzer ein Verweigerungsrecht abzulehnen ist.

Der von gegnerischer Seite vorgebrachte Einwand, daß eigentlich der Grundstücksbesitzer besser geschützt werden müsse, als der Sachbesitzer, da für ihn der Anspruch an sich schon eine empfindliche Eigentumsbelastung bedeute, ist zwar an sich durchaus zutreffend, er wird aber dadurch gegenstandslos, daß der Grundstücksbesitzer durch die Natur des Anspruchs in anderer Weise genügend geschützt ist.

Hierüber spricht Planck[1] folgendermaßen: „Nach dem Gegenstande des Anspruchs erledigt sich dieser, sobald sich die Sache nicht mehr auf dem Grundstück befindet. Der Grundstücksbesitzer ist hiernach, falls er ein Interesse hat, den Sachbesitzer nicht auf sein Grundstück zu lassen, jederzeit in der Lage, den Anspruch durch Rückgabe der Sache abzuwenden." Ebenso Neumann[2]: „Besteht der zu besorgende Schaden in der Preisgebung von Fabrikationsgeheimnissen, so kann der Grundstücksbesitzer auf Fortschaffung durch seine Arbeiter auf Kosten des Abholenden bestehen."

Dem Sachbesitzer ist es lediglich darum zu tun, seine Sache wiederzuerlangen. Auf welche Weise er diesen Zweck erreicht, ob durch eigene Tätigkeit allein, oder mit Unterstützung des Grundstücksbesitzers, kann ihm ziemlich gleichgültig sein. Wenn das Gesetz sagt, der Grundstücksbesitzer hat dem Sachbesitzer die Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten, so ist diesem damit keineswegs ein Forderungsrecht auf persönliches Betreten des Grundstücks gegeben. Der Weg, die Sache freiwillig zurückzugeben, steht dem Grundstücksbesitzer allemal offen. Wir haben es hier begrifflich mit einer

---

1 Ebenso: Crome a. a. O., S. 239, § 386, Anm. 31, 32. Ebenso Turnau u. Förster zu § 867: „Zweifellos kann der Grundstücksbesitzer den Anspruch aus § 867 dadurch beseitigen, dass er selbst die Sache aufsucht und sie deren Besitzer an die Grenzen seines Grundstücks bringt." — cf. Endemann a. a. O. § 35, S. 189/90, A. 24 d. cf. Fischer u Henle zu § 867.

2 Neumann a. a. O. S. 584 unter 3 a.

sogenannten „facultas alternativa“ zu tun. Ebenso wie bei den römischen Noxalklagen der Eigentümer des schädigenden Hauskindes, Sklaven oder Tieres die ihm obliegende Schadenersatzpflicht durch deren Hingabe abwenden konnte, so kann sich hier der Grundstücksbesitzer von dem Anspruche, die zur Aufsuchung und Wegschaffung der Sache nötigen Handlungen dulden zu müssen, dadurch befreien, daß er die Sache freiwillig herausgiebt. Ein weiteres Schutzmittel ist ihm außerdem durch die unter § 3, 2 behandelte negative Voraussetzung gegeben. Danach genügt bereits jede Handlung bezw. Willensäußerung, welche die Annahme einer „Inbesitznahme“ der Sache rechtfertigt, um den Anspruch hinfällig zu machen.[1]

Zieht man hiernach noch einmal in Erwägung, daß die Einräumung eines Verweigerungsrechtes für den Grundstücksbesitzer keinen nennenswerten Vorteil — zur Wahrnehmung seiner Interessen stehen ihm ja noch andere Mittel zur Verfügung — für den Sachbesitzer dagegen einen entschiedenen Nachteil hat, so kann es nicht mehr zweifelhaft sein, daß die Entscheidung der Frage zu Gunsten des Letzteren ausfallen muß. Stände freilich der Grundstücksbesitzer dem Anspruche mit der Versagung des Verweigerungsrechtes gänzlich wehrlos gegenüber, dann würde man allerdings in dem Sinne von Biermann und Bekker zu erkennen haben; denn dann würde die schon oben erwähnte Tatsache, daß der Anspruch eine Eigentumsbeschränkung umfaßt, allein ausschlaggebend sein.

---

1 cf. dagegen Endemann, § 35, S. 190 A. 26: „§ 867 S. 1, „inzwischen“. Diese Ausnahmenorm trifft mithin nicht zu, wenn der Grundstücksbesitzer erst infolge des Vorgehens des Berechtigten die Fahrnis entdeckt und sie jetzt erst in Besitz nehmen will.“

§ 5.

Feststellung der für den Anspruch in Betracht kommenden Personen.

1. Wem steht der Anspruch zu?

In erster Linie natürlich demjenigen, aus dessen Gewalt die Sache gekommen ist, also dem unmittelbaren Besitzer.

Sodann nach § 869 S. 3 auch dem mittelbaren Besitzer, jedoch nur dann, wenn der Unterbesitzer (unmittelbarer Besitzer) den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann.

In 1005 ist der gleiche Anspruch endlich auch dem Eigentümer einer Sache gegeben, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er im Besitze der Sache war oder nicht. Alsdann fließt der Anspruch direkt aus dem Eigentum und muß der klagende Eigentümer im Bestreitungsfalle auch dieses beweisen. Kommt es in der Folge etwa zwischen ihm und dem sein Aufsuchungsrecht bestreitenden Grundbesitzer zu einem Prozesse, so hat das für den Kläger den Vorteil, daß gleichzeitig über sein Eigentum rechtskräftig entschieden wird. Andererseits hat es aber auch wiederum den Nachteil, daß er sich hier petitorische Einreden gefallen lassen muß, z. B. die des eigenen Eigentums des Beklagten. Der vom Eigentümer als solchem geltend gemachte Anspruch hat nämlich nicht possessorischen Charakter wie der des Besitzers.[1]

Denselben Anspruch wie der Eigentümer haben auf Grund ihres dinglichen Rechtes an der Sache natürlich auch der Nießbraucher (§ 1065) und der Pfandgläubiger (§ 1227).[2]

War der Eigentümer zugleich auch Besitzer der abhanden gekommenen Sache, so steht ihm der entsprechende Anspruch auch aus dem Besitze zu.

---

1 Diesen Punkt werde ich später noch etwas näher besprechen.

2 cf. Giercke, Verhandl. des 24 deutschen Juristentages, Bd. 3, S. 48.

Ein weiter gehendes, völlig selbständiges Verfolgungsrecht ist in § 962 dem Eigentümer eines entflogenen Bienenschwarmes gegeben. Zwecks Wiedereinfangens seines Schwarmes darf er nicht nur dasjenige Grundstück betreten, auf dem sich der Schwarm gerade niedergelassen hat, sondern auch solche, auf denen sich der Schwarm nicht aufhält. Ist der Schwarm etwa in eine fremde nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen, so ist er sogar befugt, die Wohnung zu öffnen und die Waben hinauszunehmen oder herauszubrechen. Den dabei entstehenden Schaden muß er natürlich ersetzen. Von einer Sicherheitsleistung für den etwa eintretenden Schaden wird hier ausnahmsweise abgesehen. Wahrscheinlich sieht das Gesetz im Falle des § 962 stets die Bedingung des § 867, Satz 3, für gegeben an, daß nämlich mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, für welchen Fall die Sicherheitsleistung auch nach § 867 nicht verlangt werden kann. Um zu beweisen, daß der Eigentümer seinen Anspruch eigenmächtig, wenn nötig, mit Gewalt, durchsetzen, kann, verweise ich auf das, was ich oben über § 904 gesagt habe.

Wenn der § 962 auch nur auf das Eigentum abgestellt ist, so wird man gleichwohl annehmen dürfen, daß dasselbe Recht auch dem Besitzer zusteht. Die in dem § 1006 enthaltene Eigentumsvermutung wird ihm die Ausübung desselben jedenfalls in den meisten Fällen ermöglichen.[1]

Im Gesetz ausdrücklich als zur Wahrnehmung der Rechte aus § 867 legitimiert benannt, Eigentümer, mittelbarer und unmittelbarer Besitzer. Fast die gesamte Literatur ist der Ansicht, daß hiermit der Kreis der berechtigten Personen abgeschlossen ist. Eigentlich nur Kuhlenbeck steht auf dem Standpunkte, daß auch der sogenannte Besitzdiener[2] (§ 855) zur Verfolgung der

---

1 Enneccerus und Lehmann, a. a. O. 84/88.

2 cf. Biermann a. a. O. S. 32 u. 2: „Zweifelhaft ist auch, ob der Besitzdiener befugt ist, die dem Besitzherrn zustehenden

Sache berechtigt sei. Kuhlenbeck a. a. O. zu § 867: „Berechtigt zur Verfolgung ist auch der unselbständige Inhaber in Ausübung des dem Besitzer zustehenden Rechts.“ (Letzteres ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergiebt sich aber aus der Analogie des § 860).

Wenngleich ich der Ansicht bin, daß diese Ausdehnung auf den Besitzdiener entschieden einem praktischen Bedürfnisse entspricht, daß also somit die Auslegung K. ihrem Resultate nach zu billigen ist, so dürfte doch wohl der Schluß K., daß das aus einfacher Analogie mit § 860 zu folgern sei, etwas kühn erscheinen. Die Fassung des Gesetzes scheint mir vielmehr zunächst dagegen zu sprechen. An und für sich ist das Prinzip einheitlich im Gesetz durchgeführt, daß, wenn das Gesetz von „Besitzer“ schlechthin spricht, hierunter nur der mittelbare und unmittelbare Besitzer zu verstehen ist. In konsequenter Durchführung dieses Standpunktes hat der Gesetzgeber es für notwendig erachtet, in dem § 860 ausdrücklich hervorzuheben, daß die Rechte des § 859 auch demjenigen zustehen, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt.

Aus dem Umstande, daß dieser Paragraph hiernach offensichtlich eine Ausnahme der allgemeinen Begriffanwendungen des B.G.B. darstellt, folgt aber andernseits daß man nicht erweiternd diese Befugnis auf andere Paragraphen des Gesetzes per Analogie als anwendbar ausdehnen darf.

Würde der Gesetzgeber es gewollt haben, daß auch im Falle des § 867 allgemein die Rechte des Besitzers durch den Besitzdiener ausgeübt werden könnten, dann wäre es gegeben gewesen, dies ebenfalls ausdrücklich

---

Rechte auszuüben (§ 860).“ „Für diese Ausdehnung spricht in der Tat ein zwingendes Bedürfnis. Ist beispielsweise ein Tier entlaufen, so muß auch der Hirte zur Aufsuchung berechtigt sein. Der Gutsherr, der das Tier vielleicht nicht einmal kennt, ist hierzu unter Umständen ganz außerstande, wird jedenfalls regelmäßig zu spät kommen.“

hervorzuheben, etwa in der Weise, daß der § 860 am Ende der den Besitz behandelnden Vorschriften des Gesetzes gestellt worden wäre, und daß dann der § 867 zu dem § 859 mit hineingenommenen worden wäre.

Trotzdem erscheint es mir aber unbedenklich, in das Gesetz hineinzuinterpretieren, daß auch dem Besitzdiener in gewissen Fällen die Berechtigung zur Wahrnehmung des Rechtes seines Besitzherrn gegeben sein muß, aber nicht aus Analogie mit § 860, sondern aus folgenden Erwägungen.

In § 904 hat der Besitzdiener sicher das Recht, in die Rechtssphäre des anderen unter den dort gegebenen Voraussetzungen einzudringen; denn wie bei der Notwehr darf nicht nur derjenige die Notstandshandlung vornehmen, der an der Unversehrtheit des gefährdeten Rechtsgutes ein Interesse hat, sondern jeder Dritte darf für den Interessenten tätig werden. Der § 228 sagt dies ausdrücklich, § 904 läßt es aus seiner allgemeinem Fassung schließen.

Nun giebt es aber, wie wir oben gesehen, zahlreiche Fälle, in denen bei dem Vorliegen des Tatbestandes des § 867 gleichzeitig die besonderen Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Notstandshandlung des § 904 erlaubt ist.

Es ist nicht ersichtlich, weshalb nicht in allen diesen Fällen dem Besitzdiener auch die Befugnis zugesprochen werden soll, zur Wiedererlangung der Sache in die fremde Rechtssphäre einzugreifen.

Dies erfordert auch die Billigkeit. Sollte er gehalten sein, zuvor dem Besitzherrn Mitteilung zu machen, um ihn zu veranlassen, die erforderlichen Schritte zu unternehmen, so würde dies vielleicht den Verlust, die Gefährdung oder eine sonstige erhebliche Beeinträchtigung der Sache zur Folge haben.

Hier erscheint ein sofortiges Tätigwerden des Besitzdieners für den Besitzherrn deshalb nicht nur erwünscht,

sondern im allgemeinen Verkehrsinteresse als dringend geboten.

Sollen nun aber die Fälle, in denen der Besitzdiener befugt erscheint, hiermit begrenzt sein? Dies scheint mir eine sehr willkürliche Grenze zu sein. M. E. wird man den Besitzdiener in allen den Fällen für befugt erachten müssen, die Rechte aus § 867 für den Besitzherrn wahrzunehmen, wo es nicht nur untunlich ist, den Besitzherrn zur eigenen Wahrnehmung seiner Interessen zu benachrichtigen, sondern wo die sofortige Tätigkeit des Besitzdieners dem mutmaßlichen Willen des Besitzherrn derart entspricht und dergestalt in seinem dringenden Interesse liegt, daß eine durch Benachrichtigung desselben zur eigenen Wahrnehmung seiner Interessen zu erwartende Verzögerung den Verlust, eine Beschädigung der Sache oder sonstige erhebliche Beeinträchtigung der Interessen des Besitzherrn bedeutet.

Daß, falls man eine derartige Geschäftsführung ohne Auftrag aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen für zulässig erklärt, daraus wiederum zu folgern sein würde, daß der Besitzdiener dann auch zur Prozeßführung legitimiert gehalten werden müsse, wie Klein a. a. O. S. 21 meint, ist nach der oben gegebenen Begrenzung durchaus noch nicht anzunehmen.[1]

Einerseits würde dies die Stellung des Besitzdieners gänzlich verschieben, im Widerspruch mit der im Gesetz ausgesprochenen und von ihm gewollten Definition des Begriffes stehen, indem dadurch der Besitzdiener zum Vertreter des Besitzrechts würde. Dann aber erfordert dies auch keinesfalls das Bedürfnis. Der Besitzdiener soll eben nur die Handlungen vornehmen, welche er sofort, während er die Sache körperlich für den Besitzer

1 cf. Biermann a. a. O. S. 32 u. 2: „Muß auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung geklagt werden, so kann freilich nur der Besitzherr klagen, nicht der Besitzdiener in seiner Vertretung.

inne hat, zur Wiedererlangung der ihm abhanden gekommenen oder zum Schutze der gefährdeten Sache körperlich vornehmen muß. Dies ist aber bei einer Prozeßführung keineswegs der Fall.

2. Gegen wen richtet sich der Anspruch?

In erster Linie natürlich gegen denjenigen, in dessen unmittelbarem Machtkreise sich die Sache befindet, also gegen den unmittelbaren Besitzer.

Die Frage, ob der Anspruch außer gegen diesen auch dem mittelbaren Besitzer gegenüber geltend gemacht werden kann, ist bestritten.

Biermann und Planck, letzterer im Hinblick auf die aus den Protokollen zu entnehmende Auffassung der zweiten Kommission,[1] lassen ihn nur gegen den unmittelbaren Besitzer des Grundstücks zu. Die bei weitem überwiegende Mehrzahl der Rechtslehrer ist jedoch der Ansicht, daß auch der mittelbare Besitzer dem Anspruche ausgesetzt werden muß.[2]

Nach meinem Dafürhalten ergiebt sich die Zulässigkeit der Verfolgung des vorliegenden Anspruchs gegen den mittelbaren Besitzer aus dem Umstande, daß das

---

1 Prot. III. S. 165: „Es erscheint am einfachsten und natürlichsten denjenigen zur Duldung der auf die Wiedererlangung der Sache gerichteten Handlungen zu verpflichten, in dessen unmittelbarem Machtkreise die Sache sich befinde. Der nichtbesitzende Eigentümer, z. B. der Verpächter des Grundstückes, sei in der Regel gar nicht in der Lage, ein Verbietungsrecht auszuüben, weil er von dem betreffenden Vorfalle keine Kenntnis habe; in der Regel werde er auch kein Interesse daran haben, die auf die Wiedererlangung der Sache gerichteten Handlungen zu untersagen, weil er hierdurch in der Ausübung seines Eigentums nicht gestört werde.

2 Crome a. a. O. § 386 S. 238. Matthias a. a. O. § 5. Kober a. a. O. S. 32 u. 1 b. Strohal a. a. O. S. 47. Cosack a. a. O. § 191, S. 91. Gierke, Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, III. Band S. 48. Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 56. Gierke, Deutsches Privatrecht § 116, S. 254.

Gesetz in § 867 hinsichtlich der Duldungspflicht nur schlechthin von „Besitzer“ spricht.

Die von Wendt[1] dagegen aufgestellte Behauptung, daß die Anwendung der für den Besitz gegebenen Vorschriften auf den mittelbaren Besitzer prinzipiell abzulehnen sei und daß, wo die Gesetzgebung in irgendwelcher Beziehung vom „Besitzer“ spreche, dann der mittelbare Besitzer niemals mitgemeint sei, halte ich für unzutreffend. Eine solche Auffassung steht im Widerspruch mit dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes im § 868, nach welchem der mittelbare Besitzer „auch Besitzer“ ist. Dieses „auch“ will ihn dem Mittler als gleichberechtigt zur Seite stellen, d. h. mit anderen Worten, wenn das Gesetz dem „Besitze“ irgendwelche Folgen zuschreibt, so giebt es dieselben auch dem mittelbaren Besitzer. Hierfür spricht auch insbesondere der Wortlaut der Denkschrift, welche (S. 170) hervorhebt, daß nach dem Sprachgebrauche des Entwurfes unter „Besitz“ nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Besitz zu verstehen ist.

Es unterliegt daher m. E. keinem Bedenken, den Anspruch aus § 867 und 1005 auch gegen den mittelbaren Besitzer zu gewähren.

Allerdings sind die in den Protokollen niedergelegten Erwägungen für die bei weitem meisten Fälle durchaus zutreffend, doch können sie das Interesse des Anspruchsberechtigten, den Anspruch in gewissen Fällen auch gegen den mittelbaren Besitzer zu verfolgen, keineswegs beseitigen. So kann z. B. der mittelbare Besitzer dann am Verbieten der Handlung ein Interesse haben, wenn sich ihm der unmittelbare Besitzer durch schrankenloses Preisgeben des Grundstückes[2] verantwortlich machen

1 Wendt a. a. O. S. 48.

2 Crome a. a. O. S. 238 Anm. 2. Beispiel: „Auf einer der aneinanderstoßenden Wiesen hat sich ein Tennis- oder Fußballklub etabliert, während der Nießbraucher oder Mieter des

würde, oder auch der unmittelbare Besitzer verweigert die Gestattung eben deshalb, weil er befürchtet, sich durch die Gestattung verantwortlich zu machen (Kober, Strohal), oder es ist vielleicht nur der Verpächter allein anwesend (Kober).

§ 6.

Läßt der Anspruch petitorische Einreden zu?

Diese Frage läßt sich wohl am besten und einfachsten damit beantworten, daß man auf den Ursprung, auf die Motive, denen er seine Entstehung verdankt, hinweist. Danach trägt aber der Abholungsanspruch unzweifelhaft einen rein possessorischen Charakter; denn er bildet ja, wie wir oben gesehen haben, nichts anderes als eine notwendige Ergänzung der Lehre vom Besitzschutz. Ohne ihn würden die zum Schutze des Besitzes gegebenen Vorschriften unvollkommen und lückenhaft sein, aus welchem Grunde er denn auch folgerichtig unter den die Besitzlehre behandelnden Paragraphen Aufnahme gefunden hat. Damit unterliegt er dann aber auch selbstverständlich den für den Besitz, speziell den für dessen Schutz gegebenen allgemeinen Grundsätzen.

Diesen jetzt herrschenden und auch in der Literatur übereinstimmend anerkannten Grundsätzen zufolge ist es aber völlig gleichgültig, aus welchem Grunde besessen wird; denn es wird dem Besitzer ein Rechtsschutz zu teil lediglich um seines Besitzes willen. Im Rechtssystem kommt der Besitz ganz allein für sich als ein vom Recht geschützter Zustand in Betracht, ohne Rücksicht auf seine Rechtmäßigkeit, und die Rechtsordnung gewährt dem Besitze diesen Schutz um des öffentlichen Friedens willen. Der gutgläubige Verkehr hält sich nicht an die zahllos wechselnden Erwerbsgründe, sondern an den Besitz. Man verlangt vom Besitzer nicht den Ausweis,

Nachbargrundstückes, auf das die Bälle ständig hinüber fliegen, dauernd verreist ist. Hier kann auch der Eigentümer reagieren."

wie er zu der Sache gekommen ist, sondern begnügt sich damit, daß er sie hat. Nicht auf das „Habendürfen" sondern auf das „Haben" kommt es an.

Demnach kann also hier der Sachbesitzer seine auf ein fremdes Grundstück geratene Sache abholen und wegschaffen, ohne daß er sich etwa auf das Eigentum oder sonstige Rechte daran (1005, 1065, 1227), sondern bloß auf den Besitz beruft. Und andererseits ist dem Grundstücksbesitzer jede Berufung auf ein ihm etwa zustehendes Recht an der Sache abgeschnitten.[1] Würde man eine solche Einrede für zulässig erachten, dann würde der hier gewährte Besitzschutz geradezu illusorisch werden.

Die Grundsätze, welche in dieser Beziehung für die Besitzansprüche aus § 861 und 862 aufgestellt sind, müssen auch hier gelten. Danach ist aber eine Heranziehung des materiellen Rechtes in den Besitzprozeß prinzipiell ausgeschlossen. Nur insoweit läßt das Gesetz ausnahmsweise eine etwaige Einrede aus dem besseren Rechte zum Besitze zu, als dieselbe lediglich zur Begründung der Behauptung geltend gemacht wird, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei (§ 863).

§ 7.

Die Schadenersatzpflicht des Sachbesitzers.

Gerade wie beim Notweg, so soll auch hier nicht der zur Duldung verpflichtete einen Schaden an seinen Vermögen haben, und es ist deshalb der Zutrittsberechtigte entschädigungspflichtig und, falls der Schaden

---

1 Ebenso Kober a. a. O. S. 32 unter c. Gärtner a. a. O. S. 196. Bartels a. a. O. S. 679. Gierke, Deutsches Privatrecht, § 116, S. 254, Anm. 37. Matthiass a. a. O. § 33 (zwar sagt er es nicht ausdrücklich, doch scheint es mir aus seinen zu § 1005 gegebenen Erläuterungen deutlich hervorzugehen). — Anderer Meinung sind dagegen: Crome, a. a. O., § 386 S 238. Fischer und Henle zu § 867 Cosack a. a. O. § 191, S. 91.

vorauszusehen ist, auch kautionspflichtig, da der zur Gestattung verpflichtete, nicht zu kreditieren braucht.[1] Für die Leistung der Sicherheit sind die §§ 232 ff. maßgebend. Dabei ist ein Verschulden für den Ersatz des Schadens nicht erforderlich. Der Umfang der Ersatzpflicht bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 ff. Ist ferner durch die Sache selbst ein Schaden auf dem Grundstücke eingetreten, so tritt die Haftung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 823 ff., besonders auch der §§ 833—835 ein.

Insoweit hat er denn auch, entsprechend dem § 273 Abs. 2, ein Zurückbehaltungsrecht.[2]

Gegenüber der Gefahr, etwa in chikanöser Weise zur Bestellung einer Sicherheit angehalten zu werden, ist der Sachbesitzer dadurch geschützt, daß der Grundstücksbesitzer das Erfordernis vorheriger Sicherheitsleistung beweisen muß und nach § 823 ersatzpflichtig wird, wenn sich herausstellt, daß er die Gestattung in unzulässiger Weise von einer vorherigen Sicherheitsleistung abhängig gemacht hat. Außerdem hat das Gesetz aus Billigkeitsrücksichten dieses Recht nur auf die Fälle beschränkt, in denen mit dem Aufschube der Abholung keine Gefahr vorhanden ist.

C. Schlußbemerkungen.

Die praktische Bedeutung des § 867 ist nur sehr gering.

Allerdings giebt er dem Sachbesitzer die Möglichkeit den Grundstücksbesitzer nötigenfalls durch Klage und Zwangsvollstreckung (C. P. O. §§ 890, 892, 893) zur

1 Motive, III, S. 298.

2 Dernburg a. a. O. S. 84. Endemann a. a. O., § 35, S. 190, A. 25. Crome a. a. O. S. 240 A. 23. Neumann a. a. O. S. 584 u. 3 b.

Duldung seiner zur Wiedererlangung der Sache notwendigen Handlungen zu zwingen. Jedoch ist damit für ihn sehr wenig gewonnen, da er auf diesem Wege seine Sache regelmäßig nicht rechtzeitig genug zurückbekommt.

Zu einer Anrufung der gerichtlichen Hülfe wird es übrigens wohl in den seltensten Fällen kommen; denn erstens wird der Grundstücksbesitzer fast immer bereitwilligst die von ihm verlangte Gestattung zur Abholung erteilen, und zweitens wird der Sachbesitzer schon vielfach die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache ohne weiteres von selbst vornehmen, d. h. ohne vorher den Besitzer des Grundstücks um Erlaubnis gefragt zu haben.

Ist dem Sachbesitzer solchenfalls die Abholung gelungen, ohne daß der Grundstücksbesitzer vorher etwas davon erfährt, also ohne auf irgend einen Widerstand zu stoßen, so kann der Sachbesitzer deswegen hinterher nicht weiter verantwortlich gemacht werden, abgesehen natürlich vom Ersatz des etwa dabei verursachten Schadens. Widersetzt sich jedoch der Grundstücksbesitzer, und sei es auch aus einem durchaus nichtigen Grunde, so ist der Sachbesitzer immer noch nicht befugt, das betreffende Grundstück eigenmächtig zu betreten, sondern er darf das nur auf Grund eines richterlichen Urteils bezw. einer einstweiligen Verfügung[1]. Eine Ausnahme ist nur für den Fall zulässig, daß zugleich die Voraussetzungen zu § 904 bezw. 229 vorliegen, letzteres mit der Maßgabe, daß sich die Schadenersatzpflicht des Sachbesitzers nach § 867 S. 2 bestimmt (Planck). Ist die Sache bis dahin etwa verdorben oder entwertet, so

---

1 cf. Strohal a. a. O. S. 55.
Meisner a. a. O. S. 24.
Turnau und Förster a. a. O. S. 67.
Kober a. a. O. S. 32 unter d.
A. A. Crome a. a. O. § 386 S. 239.

haftet der Grundstücksbesitzer wegen seines Verhaltens auf Schadenersatz nach § 823, Abs. 2.

Zum Schluß mag noch kurz erwähnt werden, daß dem Besitzer als weitere Klage zum Schutze des Besitzes auch die Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung durch den Besitz nach § 812 des B. G. B. zusteht (sog. condictio possessionis)[1]. Wird hierbei die Bereicherung in Geld erstattet, so kann auch hier der Kläger den Sachwert verlangen.[2]

1 Strohal a. a. O. S. 56.
Enneccerus und Lehmann, § 25, S. 84 unter 5.
Matthiass a. a. O. § 5 unter E. S. 18.
Motive, Bd. III, S. 119.

2 Protokolle S. 3374, cf. jedoch § 851 B. G. B.